Hr. Pr. Dann in Giessen
empfiehlt sich der Verfasser.

AUCTORITATE

ET SUB AUSPICIIS

AUGUSTISSIMI AC POTENTISSIMI PRINCIPIS

DOMINI

GUILIELMI II.

ELECTORIS ET LANDGRAVII HASSIAE REL.

AD

NOVI PRORECTORIS INAUGURATIONEM

DIE XIII. SEPTEMBRIS A. MDCCCXXIX.

SOLENNI RITU CELEBRANDAM

OBSERVANTISSIME ET HUMANISSIME

INVITAT

PRORECTOR MAGISTRATU ABITURUS

DR. *EDUARDUS PLATNERUS,*

ORDINIS LEONIS AUREI HASSIACI EQUES, IURISSCIENTIAE PROFESSOR P. O.

Inest dissertatio de iis partibus librorum Ciceronis rhetoricorum, quae ad ius spectant.

MARBURGI.

TYPIS KRIEGERIANIS. MDCCCXXIX.

Prooemium.

Apud Graecos et Romanos eloquentiam civitatis dominam fuisse, et ab hac potissimum rerum statum pependisse, sane haud mirum est, cum quae reipublicae forma fuit, quidquid deliberandum vel diiudicandum incideret, non scriptis sed ore, non in cubiculorum tenebris, sed in omnium conspectu et palam perageretur. Quo major autem auctoritas et potestas multitudinis est in republica administranda, eo magis valet eloquentia: quippe quae in sententia et voluntate multitudinis dirigenda quam maxime conspiciatur et expromatur. Ita factum est, ut eloquentia instrumentum esset, quo ars civitatis regendae in omnibus omnino negotiis expediendis uteretur, in legibus fe-

rendis, in consultationibus instituendis, et in iudiciis gubernandis.

Quatenus in foro et in caussis tractandis versatur eloquentia, arctius quoddam vinculum inter ipsam et iustitiam intercedit, licet non eo usque, ut nec oratores sine iurisscientia, nec iurisconsulti sine eloquentia essent *). At eloquentia, quae ejus partes erant in caussis et iudiciis moderandis, magnam sane vim habuit ad legum interpretationem et administrationem, et in universum ad iuris et iustitiae statum ac rationes, id quod facile exemplis demonstrari possit. Illud ipsum quod dicendi regulae in artis formulam redigerentur, et in libris rhetoricis caussarum genera accuratius constituerentur, iurisscientiam quasi excitasse eique viam monstrasse videtur, ut eadem ratione inita suas partes quasi colligeret, et ita totum aliquid constitueret. Qui de arte rhetorica conscripti sunt libri, et demonstrant, qua ratione eloquentia cum iure fuerit copulata, et pro fonte sunt, e quo multa hau-

*) Locis, quae hanc in rem Zimmern (G. d. R. P. R. § 54 Nota 2) laudat, facile alia addi possunt.

riri possint, quae ad ius cognoscendum, et ad historiam iurisprudentiae illustrandam faciant.

Quae igitur in Ciceronis libris de dicendi arte ad ius et iurisprudentiam spectant, quum hucusque si non neglecta, attamen non data opera in usum vocata sint, paullo accuratius excutiam, et distinctius explanabo.

Ex Aristotelis sententia (Rhet. l. 1, c. 3. cf. auct. Rhet. ad Alex. c. 1.), quam Cicero in libris de inventione amplectitur, de oratore autem disputans (1, 31) ita commemorat, ut ab ea discedere videatur, licet sine iusta ratione, tria sunt caussarum genera, eaque ad scientiam civilem relata, quae orator recipere debet, demonstrativum, deliberativum et iudiciale. Quum *) oratoris munus sit, dicendo persuadere, hoc autem et argumentando, et commovendo efficiatur, praecepta, quae de illis generibus traduntur, aut modum declarant, quo animi hominum conciliari, et oratoris vi devinciri ac deliniri possint, aut ad intelligentiam spectant, quatenus haec argumentando et ratiocinando regitur. Prior

*) Diversas antiquorum sententias de rhetorices natura et materia recenset Quintilianus II, 15 et 17.

illa artis rhetoricae ratio in illuminanda, ornanda et coloranda oratione versatur, ideoque eloquentiae propria est, altera autem nulla alia est, nisi dialectica ad oratoris usum applicata, licet Aristoteles (I, 1) dialecticum ab rhetore distinguat. In libris de oratore Cicero eloquentiae indolem potissimum exposuit, ejusque vim in animis hominum commovendis conspicuam, ea vero, quae ad dialecticam spectant, digito magis demonstravit et adumbravit, quam data opera illustravit. Ceterum omnis disputandi ratio alia est atque in libris de inventione, utpote non putidae cujusdam logices vinculis adstricta, sed quae liberiorem prae se ferat faciem. Artificium illud animorum commovendorum a iurisscientia alienum est, licet in iudiciis et apud Graecos et apud Romanos multum valuerit: at quae in libris rhetoricis de argumentandi ratione et via in genere caussarum iudiciali traduntur, ex iis cum ius illius temporis, tum modus caussarum agendarum et diiudicandarum perspici, atque iusto iudicio censeri potest. Omnis caussa quae in iudicium disceptanda venit, et in legibus, et in factis ad legem exigendis vertitur. Ipse Cicero (de

orat. II, 25; part. orat. c. 12) significat (licet hanc partitionem non expressis verbis proponat) quaestionem, quae caussam faciat, duplicis esse generis, aut iuris, aut facti. Quare etiam in libris rhetoricis, qui oratoris provinciam in caussis orandis describunt, disputatio instituitur et de variis rationibus legum interpretandarum et adhibendarum, et de generibus probationum, quidque in singulis spectari debeat, et quomodo sint tractanda, uberius exponitur. Jus privatum ita comparatum est, ut caussae, quae ex ipso fluant et pendeant, contentionem oratoris non facile admittant, sed tantummodo iustam demonstrationem, et subtilem notionum explicationem requirant. Quocirca dicendi praecepta non tam ad illud ipsum pertinent, quam ad ius criminale. Nam momenta accusationis et defensionis, in qua utraque oratoris ars potissimum elucet, et regulae, ad quas quaeque institui et conformari debeat, diligenter explicantur. Ita illi libri rhetorici non tam planum faciunt, qua facie iurisscientia, quam qua fuerit iuris exercitium et usus, simulque artem accusandi et defendendi exhibent.

Capita omnis disputationis sunt haec:

1) de interpretatione et analogia, quae vocatur;

2) de translationibus;

3) de probatione, potissimum de indiciis;

4) de purgatione criminis.

Caput 1.

De interpretatione.

Libro secundo de inventione c. 40 haec leguntur: *) In scripto versatur controversia, cum ex scriptionis ratione aliquid dubii nascitur. Id fit ex ambiguo, ex scripto et sententia, ex contrariis legibus, ex ratiocinatione, ex definitione.

Quae genera cum non ita sint constituta, ut se invicem excludant, ideoque ad pauciora redigi possint, rectius in topicis tria tantummodo proponuntur: ambiguum, discrepantia scripti et voluntatis, et scripta contraria. In libris de oratore (II, 26) unum tantummodo genus statuitur, idque ex ambiguo; nam illud ipsum, cum scriptum a sententia discrepet, genus quoddam habere ambigui (Cf. 1, 31 part. orat. c. 38). De ambiguo ita disseritur: ambiguitatem tollendam esse consuetudine sermonis, tum superiore et inferiore scriptura. Si enim ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia aut pleraque ambigua visum iri. Deinde, qua in sententia scriptor fuerit, ex ceteris ejus scriptis,

*) Cf. lib. 1, c. 13. In libris ad Herennium I, 11 haec controversiarum genera sunt partes legitimae constitutionis. De constitutionibus earumque partitionibus v. Quintilianum lib. III, c. 6.

factis, dictis, animo atque vita ejus sumi oportere, et eam ipsam scripturam, in qua inerit illud ambiguum, de quo quaeratur, totam omnibus ex partibus pertentari, si quid aut ad id appositum sit, quod nos interpretemur, aut ei, quod adversarius intelligat, adversetur. Deinde esse demonstrandum, si quid ex ipsa re detur facultatis, id, quod adversarius intelligat, multo minus commode fieri posse, quam id, quod nos accipimus: quod illius rei neque administratio neque exitus ullus exstet; nos quod dicamus, facile et commode transigi posse. Ac diligenter illud quoque attendi oportere, num illo probato, quod adversarius intelligat, aut absurdum, aut inutile, aut iniquum, aut turpe consequatur, vel saltem utilior res aut honestior aut magis necessaria neglecta videatur, ac sententia ipsa quidquam captionis vel vitii habeat. Permultum autem proficere, illud demonstrare, quemadmodum scripsisset, si id, quod adversarius accipiat, fieri aut intelligi voluisset. Exempli gratia, si quis in testamento ita legaverit: heres meus uxori meae vasorum argenteorum pondo centum, quae volet, dato: posse mulierem dicere, nihil attinuisse adscribi »quae volet«, si heredis voluntati permitteret, eo enim non adscripto, nihil inesse dubitationis, quin heres, quae ipse vellet, daret. Amentiam igitur fuisse, cum heredi vellet cavere, id adscribere, quo non adscripto nihilominus heredi caveretur (de inv. l. II, c. 40 1, 13; part. orat. c. 12, ad Heren. 2, 10 seq.)

Licet Cicero in his praeceptis non inter varia negotiorum genera distinguat, nec de interpretatione legum, testamentorum, et pactorum (negotiorum bilateralium, quae vocantur) singulatim exponat, multa quoque in praeteritis relinquat, quae ad rem faciunt, pleraeque tamen illarum regularum etiam in pandectis leguntur. Nam ex harum sententia imprimis consuetudo sermonis et contextus spectari debent. Incivile est, ait Celsus, nisi tota lege perspecta, una aliqua ejus particula proposita, iudicare, vel respondere (f. 24 de leg.). Deinde in verborum significatione eruenda secundum iurisconsultos Romanos videndum est, ne quid male et absurde constitutum videatur: (f. 19 de leg.) in ambigua voce legis ea potius accipienda significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit. (De sententia hujus fragmenti cf. Faber Rational. in pand. h. l.) Nec haec regula, quam Cicero ex utilitate, honestate et necessitate repetit, a iure Iustinianeo aliena est, licet nusquam expressis verbis tradatur (f. 25 de leg.). Eandem quoque ac Cicero interpretandi normam Maecianus f. 96 d. R. I. proponit: in ambiguis orationibus maxime sententia spectanda ejus, qui eas protulisset. Quam vim consuetudini patrisfamiliae in ambiguis et indefinitis ius Romanum in interpretatione testamentorum tribuat, ex his potissimum perspici potest locis: f. 7, § 2. de supell. leg.; f. 33 de aur. arg.; f. 22 p. de alim. et cib.;

f. 14 de ann. leg.; f. 75 de leg. III; f. 80 § ult. de leg. I; f. 21 § 1 qui test. fac. poss. Cf. ut alios taceam, Averanius int. V, 2. III,19.

Ex scripto et sententia controversia consistit, ut ad alterum genus transeamus, cum alter verbis ipsis, quae scripta sunt, utitur, alter ad id, quod scriptorem sensisse dicit, omnem adjungit dictionem. In hac controversia argumentationes eorum expenduntur, ac sibi invicem opponuntur, quorum alter verba et ius scriptum, alter non tam verba, quam rationis et aequitatis praecepta sequitur, quibus ea suppleri debeant, quae verbis non sunt comprehensa. Ex ipsa autem disputatione apparet, de eo, quatenus a verbis legis vel scripti alicujus recedi possit, tum temporis nec in iudiciis, nec apud iurisconsultos certam et omnium consensu firmatam sententiam obtinuisse.

Argumenta generalia, quae Cicero pro scripto profert, eo redeunt, quod iudex tantummodo duabus de caussis dubitare debeat, si aut scriptum sit obscure, aut adversarius aliquid neget; cum et scriptum sit aperte, et adversarius omnia confiteatur, tum iudicem legi parere, non interpretari legem oportere. Si aliud sensisse scriptor, aliud scripsisse contendatur, contra dicendum, non oportere de ejus voluntate nos argumentari, qui, ne id facere possimus, indicium nobis reliquerit suae voluntatis *). Multo propius autem accedere ad scriptoris voluntatem

*) Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quae-

eum, qui ex ipsius eam litteris interpretetur, quam illum, qui sententiam scriptoris non ex ipsius scripto spectet. Multa incommoda consequi, si instituatur, ut a scripto recedatur, nam et eos qui aliquid scribant non existimaturos id quod scripserint ratum futurum, et eos qui iudicent certum quod sequantur nihil habituros, si semel a scripto recedere consueverint. Ceteros cives, quid agant ignoraturos, si ex suo quisque consilio, non ex communi praescripto civitatis unamquamque rem administrarit. Indignum esse de lege aliquid derogari, aut legem abrogari, aut aliqua ex parte commutari, cum penes populum cognoscendi, et probandi, vel improbandi potestas sit.

Qui contra scriptum et a sententia dicat, hunc primum oportere eum inducere locum, per quem aequitas caussae demonstretur, deinde utilitatem et honestatem in partes vocare, cum leges interpretandae sint ex utilitate communi, non ex scriptione, quae in litteris sit. Neminem leges legum caussa salvas esse velle, sed reipublicae, quod ea ex legibus optime administretur. Non omnia scriptis, sed quaedam, quae perspicua sint, tacitis exceptionibus caveri; nullam rem neque legibus, neque scriptura ulla, denique ne in sermone quidem quotidiáno recte posse administrari, si unusquisque velit verba spectare, et non ad voluntatem ejus, qui verba habuerit, accedere. Iudicem

atio f. 25 de leg. II; non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem f. 69 de leg. III.

eum videri legi obtemperare, qui sententiam ejus, non qui scripturam sequatur.

In hac argumentatione, quod non in praeteritis relinquamus, Cicero ad eam caussam potissimum respicit, qua quis contra legis scriptum egerit, sed non contra sententiam, ita ut factum, quod in iudicium veniat, exceptioni locum faciat, licet verbis non expressae (Cf. de inv. I, 33 et 38). In illis autem praeceptis, ut hoc verbo moneamus, interpretandi ratio, qua significatio verborum, quamvis haec per se clara et definita sint, aut extenditur, aut restringitur, cum aliter scriptor sibi ipse contradicat, vel absurdi et inepti quid enuntiet *), a regulis legum adhibendarum non satis discernitur, quibus vel ad similes caussas non expressas lex transfertur, vel quaedam caussae e lege eximuntur **). In caussa Curiana, multum celebrata, quam Cicero plurimis locis commemorat (de inv. II, 42; de orat. I, 39. 57; II, 32; Brut. 39. 52. pro Caecina c. 18; Quint. inst. orat. VII, 6) celeberrimi iurisconsulti, Q. Mucius Scaevola et Crassus, alter a scripto, alter a sententia dixerunt. Luculentissime omnem rationem, qua haec caussa in iudicio acta sit, describit Cicero in Bruto

*) Fr. 13 § 2 de excus. Modestione dicit, si maxime verba legis hunc intellectum habeant, tamen mentem legislatoris aliud velle.

**) Quae hic proponuntur regulae, de quibus Thibautio praeeunte ultro citroque disputatum est: cessante legis ratione cessat lex ipsa, et ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, eatenus verae esse videntur, quatenus ratio in lege aliqua eundem locum obtinet, ac ratio in conclusione, quae vocatur, rationali. At quatenus hunc locum obtineat, saepius difficile expeditu est.

(52): cum is (Q. Scaevola) hoc probare vellet, M. Curium, cum ita heres iustitutus esset, si pupillus ante mortuus esset, quam in suam tutelam venisset, pupillo non nato heredem esse non posse; quid ille non dixit de testamentorum iure? de antiquis formulis quid? quemadmodum scribi oportuisset, si etiam filio non nato heres institueretur? quam captiosum esset populo, quod scriptum esset, negligi, et opinione quaeri voluntates, et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere? Quam ille multa de auctoritate patris sui, qui semper ius illud esse defenderat? Quam omnino multa de conservando iure civili? — At vero — Crassus — hoc voluisse eum, qui testamentum fecisset, hoc sensisse, quoquo modo filius non esset, qui in suam tutelam venisset, sive non natus, sive ante mortuus, Curius heres ut esset: ita scribere plerosque, et id valere, et valuisse semper. Haec et multa ejusmodi dicens, fidem faciebat: quod est ex tribus oratoris officiis alterum. Deinde aequum bonum testamentorum sententias voluntatesque tutatus est: quanta esset in verbis captio, cum in ceteris rebus, tum in testamentis, si negligerentur voluntates: quantam sibi potentiam Scaevola assumeret, si nemo auderet testamentum facere postea, nisi de illius sententia. Haec cum graviter, tum ab exemplis copiose, tum varie, tum etiam ridicule et facete explicans, eam admirationem assensionemque commovit, dixisse ut contra nemo videretur.

Ex aequitate igitur et testatoris voluntate iudicio ea sententia

probata est: casum, ut dicunt iurisconsulti, omissum pro expresso habendum esse. Quia autem res dubia manserit propter Q. Mucii auctoritatem, Vinnius (in comment. ad Inst. pr. de pupill. subst.) non sine ratione suspicatur, imperatores D. Marcum et Verum constituisse: ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit (f. 4 D. de vulg. et pup. subst. Cf. c. 4. C. de imp. et al. subst.) Contrarium casum atque illum, qui in iudicio Curiano agitabatur — puta eum, utrum vulgari substitutione pupillaris quoque contineatur — Cicero libro secundo de inventione (c. 21) excutere videtur. Rem autem ita tractat, ut dubii haereamus, num tunc temporis satis expeditum et nulli controversiae obnoxium fuerit, patremfamilias de re filii posse testari.

Aequitas, quatenus iuri scripto formulisque illigato opponitur, ita comparata est, ut in ea defendenda et illustranda oratoris facultas quam maxime eluceat: quippe quod ejus patrocinium non sine quadam contentione et animi fervore suscipi possit, ac satis materiae habeat ad orationem luminibus distinguendam, mentesque hominum commovendas. Quare Cicero *) quoque in oratione pro Caecina (c. 18) aequitatis caussam non sine quodam splendore agit interrogationibus quibusdam, quae orationem

*) A scripto legis dicit in oratione pro Cluentio c. 51 et pro Rabirio Posthumo c. 6.

ipsam vividam reddunt: Quae lex, quod senatusconsultum, quod magistratus edictum, quod foedus, aut pactio, quod (ut ad res privatas redeam) testamentum, quae iudicia, aut stipulationes, aut pacti et conventi formula non infirmari aut convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus, consilium autem eorum qui scripserunt, et rationem et auctoritatem relinquamus. Sermo, me hercule, et familiaris et quotidianus non cohaerebit, si verba inter nos aucupabimur. — Non occurrit unicuique vestrum aliud alii in omni genere exemplum, quod testimonio sit, non ex verbis aptum pendere ius, sed verba servire hominum consiliis et auctoritatibus?

Eloquentia igitur potissimum adjutrice aequitas *), quam Cicero in topicis naturalem rationem vocat, magis magisque in jus invecta esse, et hic quasi domicilium posuisse videtur. Satis notum est, aequitatem atque jus gentium procedente tempore magis magisque in jure Romano invaluisse, vimque stricti juris ita debilitasse, ut hoc ipsum sensim sensimque evanuerit. C. 8. C. de iud.: placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque, quam stricti iuris rationem **). Cf. f. 90 et 183 d. R. I. Ipse Iustinianus in institutionibus hic illic se in eo iactat, quod subtilitatem et verba iuris antiqui non curet, sed vo-

*) Eam ab iure gentium diversam esse recte monuit Dirksenius in Museo Rhenano.

**) De sententia hujus constitutionis et de finibus quibus circumscribenda sit, viri docti multum disputarunt. Cf. Glücks Commentar T. 1, S. 210.

luntatem et aequitatis rationes. Quid autem aequitas sit, quousque pateat, quibusque terminis sit saepienda, id non satis expeditum esse videtur, et nec Cicero, nec iurisconsulti Romani notionem aequitatis, quae pro caussarum diversitate varias quasi formas subit, accuratius constituunt. Cicero modo iustitiam aequitatem definit, modo aequum et bonum eam iuris partem facit, quae ad utilitatem et veritatem spectet, ita ut ex illo ipso novum ius constitui debeat ex tempore et hominis dignitate, modo alia de aequitate praedicat. In oratoriis partitionibus (c. 28) bonorum possessio ex aequitate repeti videtur. Haec amplius persequi, et praecepta iuris Romani, quatenus in legibus interpretandis et adhibendis non tam verba quam sententia spectari debeat, accuratius examinare non est hujus loci. Hoc unum addam, illam ad similia procedendi rationem, quae analogia continetur, de cujus natura et finibus iurisconsulti in diversas abeunt sententias, maximam partem ab aequitate originem trahere, et ipsis legibus confirmari. F. 12 de legibus: cum in aliqua caussa sententia eorum (senatusconsultorum et legum) manifesta est, is qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita ius dicere debet. Fr. 13. eod.: quoties lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri. Hujus regulae vividum exemplum exhibent et iurisconsulti Romani, qui in multis institutis, e. g. tutela legitima, interpretatione

eâ suppleverunt, quae ad eandem utilitatem spectant, et praetores ipsi cum aliis modis, tum actionibus fictitiis et utilibus introducendis (Cf. Mühlenbruch [Lehre von der Cession der Foderungsrechte § 15 ed. II.).

Caput II.
De translationibus.

Antequam ipsa caussa in iudicio tractetur, quaeri potest, num is qui agat petitionem aut persecutionem habeat, num alio modo, tempore, loco, num alia lege, num alio quaerente agendum sit. Haec constitutio translativa vocatur, cujus inventor Hermagoras esse traditur (auct. ad Heren. I, 12. II, 12; de inv. I, 8. 11; orat. part. c. 28; Quint. inst. orat. 3, 6, 53, 54, 60, 69, 70.) Luculentissimus hac de re exstat locus de inv. II, 19: cum autem actio translationis aut commutationis egere videtur, quod non aut is agit quem oportet, aut apud quos, qua lege, qua poena, quo crimine, quo tempore oportet, constitutio translativa appellatur. Atque in nostra consuetudine multis de caussis fit, ut rarius incidant translationes. Nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut caussa cadat is qui non, quemadmodum oportet,

egerit. Quare in iure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulantur *), et quodammodo agendi potestas datur, et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur. Auctor ad Herennium (1, 12): Hac parte constitutionis, Graeci in iudiciis, nos in iure civili plerumque utimur. — Haec partitio legitimae constitutionis his de caussis raro venit in iudicium, quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt, et caussa cadit is qui non, quemadmodum oportet, egerit; et in publicis quaestionibus cavetur legibus, ut ante, si reo commodum sit, iudicium de accusatore fiat, utrum illi liceat accusare, nec ne.

Utraque igitur quaestio (si iuris est, non facti): quatenus exceptionibus actio excludatur, et iure civili caussa cadat is qui non egerit, quemadmodum oporteat; ad praetorem pertinet, et coram hoc, non coram iudice tractatur. Id quod confirmatur oratoriis partitionibus c. 28: Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso solet esse contentio, cum aut sitne actio illi qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit, aut illane lege, hisne verbis sit actio, quaeritur. Quae etiamsi ante quam res in iudicium venit, aut concertata, aut diiudicata, aut confecta sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe pondus habent, cum

*) Numne in omnibus caussis postulandae erant, etiam in actionibus bonae fidei? in his nequaquam. Nam cum exceptiones Gaji sententia ex aequitate descendant, ad hanc autem negotia b. f. sint diiudicanda, recte se habere videtur regula: contractibus b. f. exceptiones ipso iure insunt. In alia discedit Heffterus Inst. d. R. u. D. P. S. 280 N. 25.

ita dicitur: plus petisti, sero petisti, non fuit tua petitio. Paullo post dicitur: ea fere ejus generis sunt, ut quamquam in ipsum iudicium delabantur, tamen ante iudicium tractanda videantur.

Non satis clarum est, quid verbis *concertata*, *diiudicata*, *confecta*, intelligendum sit, et quomodo inter se differant. *Concertata* fortasse spectant ad litis contestationem, *diiudicata* ad praecedens aliquod iudicium, et *confecta* ad praetoris cognitionem. Cf. Gajus 4, 123; Heffter Institut. des röm. u. deut. Civilprocess S. 94. Qui quidem vir praeclarae eruditionis non recte contendere videtur, translationes omnes exceptionibus temporalibus comprehendi. Nam hae ad plus petitionem non pertinent. In qua quidem, si adversarius simpliciter negaret, se quod peteretur debere, id quod haud dubie licitum erat, et actor nullas interrogationes in iure interponeret, res ad iudicem devolvebatur.

In iudiciis quoque publicis translationes obveniebant. Auctor libr. ad Herennium (1, 12): si quis peculatus accusetur, quod vasa argentea publica de loco privato dicatur sustulisse, possit dicere, cum definitione sit usus, quid sit furtum, quid peculatus; secum furti agi, non peculatus oportere (Cf. de inv. I, 8. Quint. III, 6,38, 49. et Spald. a. h. l. Cujacius observ. 13, 19 in fine. Matthaeus S. 580. 581). De inventione (l. II, 19) narrat Cicero: venefici cujusdam nomen esse delatum, et, quia parricidii caus-

sa subscripta esset, extra ordinem *) acceptum. In accusatione alia quaedam crimina testibus et argumentis esse confirmata, parricidii autem solum mentionem factam. Quare defensorem in hoc ipso multum et diu consistere debuisse: cum de nece parentis nihil demonstratum sit, indignum facinus esse, ea poena afficere reum qua parricidae afficiantur, id autem, si damnetur, fieri necesse esse, quoniam et id caussae subscriptum, et ex eâ re nomen extra ordinem sit acceptum. Ea igitur poena si affici reum non oporteat, damnare quoque non oportere, quoniam ea poena damnationem necessario consequatur **).

Exemplum translationis in caussa iniuriarum Cicero ponit hoc (de inv. II, 20): cum ad vim faciendam quidam armati venissent, armati contra praesto fuerunt, et cuidam equiti Romano quidam ex armatis resistenti gladio manum praecidit. Agit is cui manus praecisa est iniuriarum. Postulat is qui cum agi-

*) Cur extra ordinem? Sex. Roscius parricidii reus apud M. Fannium quaesitorem inter sicarios est factus, (c. 5) et nomen igitur non extra ordinem acceptum. Caussa cur in venefico ille res se aliter habuit, fortasse haec erat, quod et de veneficis, et de sicariis singularis quaestio esset constituta (Cicero pro Cluentio c. 53. 54.) licet, utrumque crimen eadem lege Cornelia puniretur (Pithoeus ad col. L. M. et Rom. I, 2, Heineccius ant. Rom. synt. IV, 18, 58). Si igitur veneficus parricidii esset reus, nec qui de veneficis nec qui de sicariis quaereret praetor nomen recipere poterat, sed hoc extra ordinem erat accipiendum.

**) Quaelibet quaestio, sit perpetua, vel extra ordinem constituta, tantummodo de iis criminibus iudicare poterat, quae ipsi erant commissa, at non de aliis. Sed quid, si cum crimine, in quod subscribebatur, alia erant ita iuncta, ut non facile divelli et separari possent. Quomodo et a quo de his criminibus iudicium ferebatur, et quanam ratione plectebaetur? Haud dubie alia eaque singulari accusatione opus erat.

tur a praetore exceptionem, extra quam si in reum capitis praeiudicium fiat. Hic is qui agit iudicium purum postulat: ille quicum agitur exceptionem addi, ait, oportere. Quaestio est, excipiendum sit, an non. Ratio; non enim oportet, in recuperatorio iudicio eius maleficii de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri. Infirmatio rationis: eiusmodi sunt iniuriae, ut de his indignum sit, non primo quoque tempore iudicari. Iudicatio, atrocitas iniuriarum satisne caussae sit, quare, dum de ea iudicetur, de aliquo maiore maleficio, de quo iudicium comparatum sit, praeiudicetur. Ciceronis igitur tempore controversum et dubium fuit, an ejusmodi praeiudicium locum haberi possit, nec ne. Ex Pauli sententia in Pandectis sane fieri potest. Fr. 4 de iudiciis: Interdum evenit, ut praeiudicium iudicio publico fiat, sicut in actione legis Aquiliae, et furti, et bonorum raptorum, et interdicti unde vi, et de tabulis testamenti exhibendis, nam in his de re familiari agitur. Cf. fr. 23 § 9 ad leg. Aq. f. 2 § 1 vi bon. rap. C. u. C. quando civilis actio: A plerisque prudentum generaliter definitum est, quoties de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, sive prius criminalis, sive civilis moveatur, e. c. Cf. c. u. C. Th. victum civiliter agere (et abest a quibusdam mss. et edd. vid. Ritter ad. h. t.) criminaliter posse. Cf. c. 16 C. ad leg. Corn. de falsis; c. 4 C. Th. ad leg. Corn. de falso; Cujacius obs. 20, 26).

Caput III.

De probationibus, potissimum de indiciis.

Quae maxime ingenii acumen et argumentandi subtilitatem requirunt et exercent, probandi rationes et genera, plenius et fusius in libris rhetoricis explicantur, cum quaestio facti praecipue sit, e qua caussae orandae earumque eventus pendeat. Potissimum autem ea probatio quae coniecturis nititur, utpote non in tam angustum locum conclusa, atque cetera probationum genera, eo uberius tractatur quo majus momentum in accusationibus et defensionibus habeat, in quibus quidem eloquentiae vis quam maxime enitet. Ex iis autem quae de diversis probationum generibus traduntur, satis apparet, Ciceronis tempore de his ipsis, eorumque natura et vi nihil certi et firmi leges statuisse, sed potius existimationem de eo quid probatum sit, ipsis iudicibus fuisse relictam. Et sane in iis legibus quae temporibus reipublicae liberae de criminibus conditae sunt, paucissima reperiuntur quae ad probationem spectent. Quod inde repetendum videtur, quod iudices ex illius temporis rationibus et pro iudiciorum ordine in reis condemnandis et absolvendis, quatenus de facto quaestio erat, non tam scriptas re-

gulas easque satis definitas sequerentur, quam ex animi sententia et recti conscientia ius dicerent, ac reum ipsum respicerent, qualem in iudicio se exhiberet. Auctor librorum ad Herennium (II, 2 sq.) constitutionem coniecturalem, quae difficillima vocatur, in sex partes dividit (quae quidem iusto dividendi fundamento destitutae ad pauciores redigi possunt): in probabile, collationem, signum, argumentum, consecutionem, approbationem. Probabile dividitur in caussam quae impulerit quem commodorum spe aut incommodorum vitatione (spe bonorum, aut malorum metu orat. part. c. 32) ad maleficium, et in vitam. Ad caussam autem debet vita hominis accomodari, quod auctor librorum ad Herennium pluribus persequitur. Collatio est, cum accusator id quod adversarium fecisse criminatur, alii nemini nisi reo bonum fuisse demonstrat, aut alium neminem potuisse perficere nisi adversarium, aut eum ipsum aliis rationibus aut non potuisse aut non aeque commode potuisse, aut eum fugisse alias commodiores rationes propter cupiditatem. Signum est, per quod ostenditur idonea perficiendi facultas esse quaesita. Id dividitur in partes sex: locum, spatium, occasionem, spem perficiendi, celandi *). Argumentum est, per quod res coarguitur certioribus argumentis, et magis firma suspicione. Id dividitur in tempora tria: praeteritum, instans, consequens.

Ad hanc temporis rationem accomodantur et revocantur in-

*) De signi et argumenti differentia v. Quintil. l. V. c. 9.

dicia, quae quidem nulla alia sunt quam quae nostri iurisconsulti appellant antecedentia, concomitantia et subsequentia. Spectant vel ad corpus delicti vel ad auctorem criminis; sunt vel communia vel propria: licet his nominibus non appellentur. In libro de inventione (2, 13) suspiciones repetuntur ex iis quae ante rem, in re, et post rem eveniant *) (Cf. 1, 30; v. de signi natura 1, 43). Eadem fere leguntur in oratoriis partitionibus (c 33): Haec enim et talia sunt quae aut in re ipsa, aut etiam ante quam factum est, aut postea suspiciosum crimen efficiunt. Partem hujus disputationis faciunt argumenta ex facti vestigiis, quae capite undecimo explanantur. In capite quinto (l. I de inv.) omnem conjecturam ex caussa, ex persona, ex facto ipso capiendam esse Cicero docet: caussam autem non sine persona ejusque conditione iustam suspicionem movere posse. Capite decimo tertio: sunt autem aliquae suspiciones, quae communiter et ex negotiorum et ex personarum attributionibus sumantur. Nam et èx fortuna, et ex natura, et ex victu, factis, casu, orationibus, consilio, et ex habitu animi, aut corporis pleraque pertinent ad easdem res quae rem credibilem aut incredibilem facere possunt, et cum facti suspicione conjunguntur. Maxime enim quaeri oportet in hac constitutione: primum potueritne

*) Auctor rhetoricorum ad Alexandrum C. XII: Σημεῖον δὲ ἐστὶ — τὸ εἰθισμένον, γίνεσθαι πρὸ τοῦ πράγματος, ἢ ἅμα τῷ πράγματι, ἢ μετὰ τὸ πρᾶγμα. Cf. Quint. V, 10, 102.

aliquid fieri, deinde ecquo ab alio potuerit, deinde facultas de qua ante diximus, deinde utrum id facinus sit quod poenitere fuerit necesse, item quod spem celandi non haberet, deinde necessitudo in qua num necesse fuerit id aut fieri aut ita fieri quaeritur. Capite quinto (lib. II de inv.) exemplo conjecturalis constitutionis demonstratur, quomodo insontem gravissima indicia caedis perpetratae in suspicionem adducere possint. Diligenter autem in libris ad Herennium, de inventione, et oratoriis partitionibus indicia exponuntur et exemplis illustrantur, momenta significantur, in quibus eorum gravitas et vis probandi posita sit, quaeque in his censendis et diiudicandis spectari debeant; additis praeceptis, quid pro indiciorum diversitate ab accusatore, et quid contra a defensore dicendum sit. Multa de indiciorum indole tam luculenter et subtiliter explicantur, ut et apud nos in iudicando recte adhiberi, et a iurisconsultis qui processum criminalem tractant et scriptis illustrant, non sine fructu in usum vocari possint. Ex iis autem quae in libris rhetoricis traduntur et ex Ciceronis orationibus patet, ex indiciis condemnandi potestatem iudicibus concessam fuisse, penes quos erat existimare, utrum illa ad plenam probationem essent comparata, nec ne. Legibus autem, vel consuetudine, de indiciis et eorum in crimine probando vi nihil erat statutum. Alioquin auctor ad Herennium (II, 7 cf. de inv. II, 16) non ita disserere posset. »Ab argumentis autêm, et signis, et ceteris locis

quibus augetur suspicio, dicere hoc modo convenit: cum multa concurrant argumenta et signa quae inter se consentiant, rem perspicuam non suspiciosam videri oportere. Item plus oportere signis et argumentis credi quam testibus: haec (?) enim eo modo exponi quo re vera sint gesta; testes corrumpi posse, vel pretio, vel gratia, vel metu, vel simultate.«

In iis quae contra signa et suspiciones dicenda praecipiuntur ea quoque sententia enuntiatur: indignum facinus esse, sine testibus coniecturam et suspicionem satis firmamenti habere. Quintilianus monet idem quod Cicero, signum verum esse debere, et non unum per se, sed plura eaque conjuncta efficere: ut quae suspecta erant, certa videantur (Quint. V, 9, 10). Cicero in orationibus nusquam contendit, per indicia reum convinci non posse, licet e. g. pro Plancio (c. 23) et aliis locis rumori et disseminato dispersoque sermoni non credendum esse moneat. In caussa capitali quam maxime indicia valere in oratione pro Coelio (c. 28) his verbis declarat: Itaque haec caussa ab argumentis, a conjectura, ab iis signis, quibus veritas illustrari solet, ad testes tota traducta est. In defensione Sullae indiciorum levitatem perstringit, eaque nullius momenti esse ostendit: indicia autem per se non sufficere ad scelus probandum, nullo verbo significat. Eadem ratione in diluendis indiciis versatur orator in R. Amerini caussa (22 et 23), qnem Erutius parricidii accusaverat. Dum orator in T. Roscium quendam, cog-

nomento magnum, crimen confert, omnia ea indicia colligit et argumentando conglutinat, quae hunc ipsum suspectum reddere et accusatum crimine liberare possint. Exemplum quod c. 23 narratur, satis planum facere videtur, reum quoque ex indiciis condemnari posse. Milonis etiam defensio atque purgatio maximam partem in indiciis vertitur (c. 12 sq.). Cf. Tac. ann. IV, 22.

Utrum ex praeceptis iuris Iustinianei reus indiciis convinci atque condemnari possit, nec ne, de eo in diversas abeunt sententias viri docti. Alii *) affirmant, alii **) negant, certe in crimine capitali ***). Priorem sententiam veram putaverim. Primum enim indicia in eodem loco atque ceterae probationes ponuntur. C. 19 C. de rei vind.: indicia certa, quae iure non respuuntur, non minorem probationis quam instrumenta continent fidem. Licet hic et aliis locis (e. g. c. 15 C. de i. dot.) de caussa civili sermo sit, tamen quae de probandi vi per indicia traduntur, ita generatim sunt concepta ut ad omnes caussas pertinere videantur. Fragmento 3 § 4 (de sus. tut.) praetori potestas removendi tutoris conceditur, si liqueat ex apertissimis

*) Matth. ad tit. de prob. c. IV. Stübel über den Thatbestand § 255. Ejusd. das Criminalverfahren in d. D. G. § 982, quique ibi citantur scriptores. Henke Darstellung des g. V. § 127; Weber im neuen Archiv d. C. R. B. III. St. 1 S. 111; Jarke B. VIII St. I S. 118; Mittermaier das deutsche Strafv. Abth. II, S. 244; Pfeiffer Pract. Ausf. Th. 2 S. 424.

**) Godofredus ad C. VII. C. Th. quor. app. Gesterding im Neuen Archiv B. VII. St. 4 S. 572.

***) Biener Beiträge S. 155 N. 24.

rerum argumentis eum suspectum esse. Quibus argumentis indicia quoque comprehensa esse videntur.

Deinde iudicium de eo quid probatum sit, paucissimis tantum erat constrictum regulis, ceteroquin liberum, et ex opinione iudicis suspensum. In fragmento tertio (§ 2 de test.) rescriptum Hadriani ad Valerium Verum exstat de excutienda fide testium in haec verba: quae argumenta? ad quem modum? (vid. Schraderum in app. crit. ad. h. l.) probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest — hoc solum tibi rescribere possum summatim: non utique ud unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex *sententia animi* tui te aestimare oportere, quod aut credas, aut parum probatum opineris. Fr. 1 § 4 ad Sctm. Turpill.: Nam, ut Papinianus respondit, facti quidem quaestio est in arbitrio iudicantis: poenae vero persecutio non ejus voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur. Cf. fr. 15 ad leg. munic. Tum in Codice Iustinianeo ipso tria genera probandi crimina recensentur: testes, documenta et indicia. C. 22 C. I. ad leg. Cornel de falsis. Cf. C. 2 C. Theod. eod. tit. C. 25 de prob.: Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita. Haec constitutio tantummodo ad accusatores pertinet: at cum satis declaret, indicia ad proba-

tionem sufficere, non facile dubitari potest quin ipsa quoque sufficiant ad poenam infligendam. Sunt autem indicia, quae plenam probationem efficiant, nisi ea praesumtiones iuris et de iure appellare velis. C. 34 C. ad legem Iuliam de adult.: si qui adulterii fuerint accusati, et obtentu proximitatis intentata depulerint, per commemorationem necessitudinis crimini fidem derogando, dum existimatur, non debere credi, quod allegatur, vel non potuisse committi: hi si postmodum in nuptias consortiumque convenerint, facinus illud, (in) quo fuerint accusati, manifesta fide, atque indiciis evidentibus publicabunt. (Cf. c. 8. C. Th. ad L. Iul. de adult. et Godofredus ad h. c.) Fr. 1 § 3 ad leg. Corn. de sic. (Cf. Coll. L. M. et Rom. I, 6): Divus Hadrianus rescripsit, eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc. Nam si gladium strixerit (strinxerit) et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id admisisse. Ius Romanum sibi ipsum quodammodo repugnaret, si talia indicia seu praesumtiones in crimine capitali non solum admitteret, sed etiam statueret et indiciis in universum plenam probandi vim detraheret. Quae in contrariam partem afferri potest constitutio, (16 de poenis) ita se habet: Qui sententiam laturus est, temperamentum hoc teneat, ut non prius capitalem in quempiam promat severamque sententiam, quam

in adulterii, vel homicidii, vel maleficii crimine, aut sua confessione *), aut certe omnium qui tormentis vel interrogationibus fuerint dediti, in unum conspirante concordanteque **) rei finem, convictus sit; et sic in obiecto flagitio deprehensus, ut vix etiam ipse ea quae commiserit negare sufficiat. Quum hic in momentis e quibus sententia apta pendeat, indicia non recenseantur, quae quidem supplere ineptum sit, quippe quod Constantinus data opera probationum genera exponat: facile quis dicere possit, illa ipsa in crimine capitali ad convincendos reos non suppetere. At non solum indiciorum sed documentorum etiam, quae alias probationum generibus accensentur, nullam mentionem facit imperator. Fortasse caussa, si qua fuit, vel plurium caussarum conditio quae moveret Constantinum ad hanc constitutionem emittendam, ita comparata fuit ut nec indicia nec documenta in iudicium venirent, sed tantummodo testium responsiones. Godofredus eam ipsam constitutionem, deinde secundam in titulo de appellationibus, et primam in titulo: quor. appell. non recip., partes unius constitutionis esse existimat, et quidem, ut videtur, recte. Prima autem lex (quor. app. n. rec.) condemnato provocationem denegat, quem confes-

*) Suetonius in Octavio (c. 33) tradit, parricidii reos *non nisi confessos* ea poena (legis Pompeiae de parricidio) ut culleo insuerentur, esse affectos. V. interpp. ad h. l. et Matthaeum p. 581.

**) Alia est lectio in Codice Theod., de quo cf. Ritterum ad c. 1. C. Th. de poenis.

sio propria, vel dilucida et probatissima veritatis quaestio probationibus atque argumentis detexerit. Hoc non nisi de eo intelligendum videtur qui probationibus *vel* argumentis i. e. indiciis convictus est. Nam praeter probationes argumenta requirere, ineptum est. Exstat autem alia constitutio quae aeque pertinet ad homicidas, veneficos, maleficos, adulteros et raptores; in qua argumenta iuxta ac testes et confessio commemorantur. In Codice Theodosiano (c. VII quor. app. n. rec.; in Codice Iustinianeo est c. II. eod. tit. sed multis modis interpolata) ita legitur: Observare curabis ne quis homicidarum, veneficorum, maleficorum, adulterorum, itemque raptorum (in C. I. eorum, qui manifestam violentiam commiserunt) argumento (C. I. argumentis) convictus, teste, (C. I. testibus) superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus, audiatur appellans. Inter alia haec sequuntur: plerumque accidit ut fortuna iudicii argumenta conglutinet, quorum similitudine (i. e. verisimilitudine) opprimatur reus, qui non possit vera ratione convinci. Ex hoc loco argumentatur Godofredus, indiciis effectum plenae probationis defuisse. At iis indiciis tantummodo defuit quae reum in suspicionem adducerent, non indubitatis et luce clarioribus, quae vocantur, id est, quibus non singulis sed coniunctis iudici de crimine persuadeatur, dum nulla ratio subest contrarium statuendi. Gesterding l. l. indicia necessaria intelligit, quae rem aliquam necessarie demonstrant, e. g. graviditas praecedentem

concubitum. Ea signa a Graecis vocantur τεκμήρια, ἄλυτα σημεῖα (v. Spalding ad Quint. v. 9, 3) et illud ipsum exemplum et a Cicerone (de inv. 1, 29) et a Quintiliano affertur, qui divisionem in signa necessaria, et non necessaria (V, 9) fusius persequitur. Si autem quis dubitet cum Stübelio (über den Thatbestand S. 314) facere et signa necessaria omnimodo negare, demonstrari tamen non potest illa indicia indubitata et luce clariora nulla alia esse nisi necessaria. Quod iam refutatur indiciis illis, quibus leges ipsae certam probandi vim tribuunt. De signis quae rem tantum probabilem non certam reddunt, fragmentum quintum (de poenis) intelligendum est: sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari, D. Trajanus Assiduo Severo rescripsit: satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare. Ceterum Godofredus ipse (T. III p. 155) in crimine laesae maiestatis, quod sane singularibus quibusdam et propriis praeceptis subiectum est, indiciis manifestis plenam probandi vim tribuit, cum hoc ipsum in constitutione prima C. Th. ad leg. Iul. Maj. (cf. c. 3 C. I. ad leg. Iul. Maj.) statutum esse videatur. Loca a Matthaeo et Stübelio allata (f. 1, § 4 de quaest. et fr. 5 § 6 de re milit.) non ad rem pertinere videntur, ultimum enim fragmentum nec de accusatione nec de defensione, sed de restitutione militis agit.

Ut longior fuit disputatio de indiciis, ita brevior erit de ceteris probationum generibus: de testibus et quaestionibus. Au-

ctor ad Herennium (II, 6): communes loci sunt cum accusatoris tum defensoris a testibus contra testes, a quaestionibus contra quaestiones, ab argumentis contra argumenta, a rumoribus contra rumores. A testibus dicemus secundum auctoritatem (quam aut natura, eaque inest maxime in virtute, aut tempus affert, quo ingenium, opes, aetas, fortuna, ars, usus, necessitas continetur top. c. 19) et vitam testium, et constantiam testimoniorum. Contra testes: vitae turpitudinem, testimoniorum inconstantiam: si aut fieri non potuisse dicemus, aut non factum esse quod dicant, aut scire illos non potuisse, aut cupide dicere et argumentari (Cf. orat. part. c. 14. 34. top. c. 19. Quint. V. 7). Igitur existimatio de testium fide, ut de ceteris probationum generibus, ad iudicem redit. Id quod legibus Romanis sancitum videmus, quibus, si quasdam rationes exceperis, iudici commissum est et demandatum fidem testium examinare et aestimare (f. 2 et 3 de testibus). A levitate contra Graecos testes, a perfidia et arrogantia contra Gallos, a consensione compromisso effecta vanitate et fallacia contra Sardos Cicero dicit in orationibus pro Flacco (c. 4 sq.) pro Fonteio (c. 9 sq.) et in fragmento orationis pro Scauro et argumenta depromit, quo eorum fidem infringat. Oratio in Vatinium, qui inter testes contra Sextium productus erat, in eo versatur ut illum ipsum calumniae convincat.

Quaestiones de quibus in utramque partem disputandi

praecepta rhetores tradunt (ad Heren. II, 7 orat. part. c. 14. 34; Top. c. 20; pro Sulla c. 28; pro Roscio Am. c. 41. 42; pro Milone c. 21. 22; Quintilian V, 4 et Spalding ad h. l.: Matthaeus c. V. ad tit. Pand. de quaest.), ob incertitudinem quam in probando prae se ferunt, a iudice sunt examinandae, ut quid his probatum sit pro rerum conditione statuat. Fragmentum I § 23 D. de quaestionibus: Quaestioni fidem non semper, nec tamen nunquam habendam, constitutionibus declaratur. Etenim res est fragilis et periculosa, et quae veritatem fallat. Nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi iis veritas nullo modo possit; alii tanta sunt impatientia, ut in quovis mentiri quam pati tormenta velint. Ita fit ut vario etiam modo fateantur, ut non tantum se verum etiam alios comminentur. Haec argumenta, quae magis contra quaestiones faciunt quam pro iis, proxime accedunt ad rationes quibus Cicero locis ante laudatis vim et utilitatem quaestionum impugnat. Ceterum non silentio praetereundum est, Augustum quaestiones ad requirendam veritatem efficacissimas existimasse (f. 8. c. t.).

Caput IV.

De purgatione criminis.

Restat ut de iis exponatur quae in libris rhetoricis ad imputationem et purgationem criminis spectant. De inv. I, 11. (II, 31 sq. Cf. ad Herennium II, 14; orat. part. c. 12): concessio est, cum reus non id quod factum est defendit, sed ut ignoscatur postulat. Haec in duas partes dividitur, purgationem et deprecationem. Purgatio est, cum factum conceditur, culpa removetur (voluntas defenditur II, 31). Haec partes habet tres, imprudentiam, casum (fortunam) necessitatem. Imprudentia est, cum scisse aliquid is qui arguitur negatur. Alio loco (I, 27) imprudentia in purgationem confertur, et affectionem animi, hoc est molestiam, iracundiam, amorem et cetera quae in simili genere versantur. In oratoriis partitionibus (c. IV) imprudentia consilio opponitur, et aut in casu, cum aliter cecidit ac putatum sit, aut in permotione esse dicitur. Deprecatio est, cum et peccasse et consulto peccasse reus se confitetur, et tamen ut ignoscatur postulat; quod in iudicio fere non potest usu venire, nisi quando pro eo dicimus cujus multa recte facta constant (ad Heren. II, 17; de inv. II, 34). Quid necessitas sit, et quid fortuna, et quomodo inter se differant, non

satis in libris rhetoricis expositum reperio. Necessitas ad physicas rationes et caussas pertinere videtur (top. c. 15 sq.); fortuna ad enm rerum statum qui vel ita comparatus est ut quis se non aliter expedire possit nisi lege violata, vel ex caussa quadam obscura pendet, quae effectum gignit nostrae voluntati contrarium. Cicero in topicis c. 17: Quae autem fortuna fiunt, vel ignorata vel voluntaria. Nam iacere telum voluntatis est: ferire quem nolueris, fortunae. Pro parte huc spectant quoque ea quae de translatione et remotione criminis (ad Heren. 1,15; de inv. I, 11. II, 26 sq.) praecipiuntur: licet in his, ut in aliis, notiones non satis accurate definitae esse videantur, et distinctiones atque partitiones minutae rem ipsam difficilem et impeditam reddant. In necessitudine haec consideranda esse auctor ad Herennium (II, 16) docet: num culpa ventum sit in necessitudinem, num culpam veniendi necessitudo fecerit. Deinde quaerendum, ecquo modo vis illa vitari potuerit ac levari. Deinde, num quae suspiciones ex coniecturali constitutione trahi possint quae significent id consulto factum esse quod necessario accidisse dicitur. Deinde, si maxime necessitudo quaepiam fuerit, conveniatne eam satis idoneam caussam putari. In libris de inventione (I, 5) caussa e qua crimina proficiscuntur et originem trahunt, in impulsionem et ratiocinationem dividitur. (Cf. Arist. rhet. 1, 10). Impulsio est, quae sine cogitatione per quandam affectionem animi facere aliquid hortatur, ut amor, iracundia,

aegritudo, vinolentia, et omnino omnia in quibus animus ita videtur affectus fuisse ut rem perspicere cum consilio et cura non potuerit, et id quod fecit impetu quodam animi potius quam cogitatione fecerit. Ratiocinatio autem est diligens et considerata faciendi aliquid aut non faciendi excogitatio. Cicero (in or. part. c. 12) in eo genere, cum factum constet et nomen, sed qualia sint in dubium vocatur, has partes recenset: aut iure factum, depellendi et ulciscendi doloris gratia, aut pietatis, aut pudicitiae, aut religionis, aut patriae nomine, aut denique necessitate, inscitia, casu. Nam quae motu animi et perturbatione facta sunt sine ratione, ea defensionem contra crimen *in legitimis iudiciis non habent*, in liberis disceptationibus habere possunt. Ad has videtur restringendum, quod in topicis c. 17 legitur (nisi de exceptione intelligi debet, ideo admittenda quod permotiones animi nimium excandescentes necessitate quadam rationem vincere videntur): Cadunt etiam in ignorationem atque in imprudentiam perturbationes animi, quae quanquam sunt voluntariae (obiurgatione enim et admonitione deiiciuntur), tamen habent tantos motus, ut ea, quae voluntaria sunt, aut necessaria *interdum*, aut certe ignorata videantur. Omnis autem haec disputatio, et ipsae quoque Ciceronis orationes clarum et apertum faciunt, tunc temporis non satis expeditum et omni dubio exemtum fuisse, quatenus necessitas ac vis rerum externarum, vel caussa quae quem impulerit per se iusta et pro-

bàta excusationem criminis pariat. Quae sane, absoluta aliqua necessitate, quae superari non possit, peraguntur, vel ita ut voluntas plane in iudicium non veniat, aeque poenam non mereri significantur atque illa quibus vitae periculum propulsatur.

Etenim et hac in caussa quaedam necessitas obtinet (Cicero pro Milone c. 3 et 4.; fr. 3 de I. et I.; fr. 4. 5 et 45 ad Leg. Aquil.; fr. I § 27 de vi et vi armata; C. II. C. Theod. ad leg. Corn. de sic. et Godof. ad h. c.; c. 1 C. I. quando liceat; c. I C. unde vi; c. 2–4. C. ad legem Corn. de sicariis; Pauli rec. sent. V, 23, 7 et 8, et Schulting ad h. l.) Quod ad casum attinet, is ex sententia iurisconsultorum Romanorum et culpam complectitur perinde atque haec dolo oppositus, et a culpa separatur. Primum illud est, cum Marcianus (f. 11 § 2 de poenis cf. f. 5 § 2, fr. 28 § 12 eod. fr. 9 et 11 de incendio; fr. 30 § 3 ad leg. Aq.; Pauli rec. sent. V, 23, 3; Coll. leg. M. et Rom. I, 7 et Schulting ad hh. ll.) dicit: »delinquitur aut proposito, aut impetu, aut casu.« Casus cum culpa hoc commune habet quod nobis insciis et nolentibus laesio quaedam accidit. Differentia autem ea est, quod in culpa laesio evitari potuisset si quis actionem iusta diligentia ad rationis leges instituisset atque direxisset, vel, ut cum Paulo loquamur, (in f. 30 § 3 ad leg. Aq.) si omnia quae oportuit observasset. Eadem ratione dicit (fr. 31 eod. tit.) culpam esse, quod cum a diligente provideri poterit, non est provisum (Cf. Rosshirt Lehrbuch

§ 22. Wächter Lehrbuch § 79 Nota 54. et scriptores qui hic laudantur). Eum autem qui non aliqua culpa sed casu delinquat non puniri, est regula satis pervulgata iuris Romani (f. 11 de incendio; c. 1 et 5 C. I ad leg. Corn. de sicariis: ea quae improviso, casu potius quam fraude accidunt, fato plerumque non noxae imputantur, cf. Coll. leg. M. et Rom. 1, 9 et 10. De dolo, impetu, culpa et casu v. Rosshirt Entwickelung § 25–29). Imprudentia ex sententia librorum rhetoricorum inscitia quaedam est, quae eadem ratione atque culpa a iurisconsultis dolo opponitur. Cicero de oratore (III, 40): Nonnunquam brevitas translatione conficitur, ut illud: si telum manu fugit. Imprudentia teli emissi brevius propriis verbis exponi non potuit quam est uno significata translato (cf. top. c. 17; Schulting ad Paulum V, 23, 3). Quae quidem imprudentia in disputationem venisse videtur, ita ut de eo quaereretur et disceptaretur utrum illa ipsa reus crimine liberaretur nec ne. Ad Heren. 1, 16: considerabitur, satisne imprudentia praesidii esse debeat, cum factum constet. Attamen plerumque, certe si non ad legem sed ad factum spectaret, iustam excusationem parasse videtur, de inv. I, 53; voluntario maleficio veniam dari non oportere, imprudentiae concedi nonnunquam convenire (ad Heren. II, 30, imprudentiae iustam deprecationem paratam). Eadem fere leguntur apud Modestinum: nonnunquam per ignorantiam delinquentibus iure civili venia tribui solet, si modo rem facti quis

non iuris ignoret: quae scilicet consilio delinquentibus praestari non solet (Coll. leg. M. et Rom. I, 12. De ignorantia cf. Wächter Lehrbuch S. 120; Rosshirt Entwickelung § 34). Fr. 108 de poenis: fere in omnibus poenalibus iudiciis et aetati et imprudentiae succurritur (Cf. Brissonius S. V. imprudentia). Satis notum est, lege Cornelia tantummodo eum teneri qui dolo, non qui culpa deliquerit (Fr. 1 ad leg. Corn. de sic., cf. Coll. leg. M. et Rom. tit. I, 6 et 7; fr. 7 ad leg. Corn. de sic.; c. 12 C. de accus.; fr. 31 ad leg. Aquil.; Pauli rec. sent. V, 23, 12. De incendiis per negligentiam ortis: f. 30 § 3 ad leg. Aq.; f. 28 § 12 de poenis, f. 9 et 11 de incendio; Pauli r. s. V, 3. 6. et V, 20, 3.; Coll. leg. M. et Rom. XII, 2. Rosshirt Lehrbuch 261; Entwickelung S. 175.) Quatenus et quibus in criminibus culpa secundum praecepta iuris Iustinianei plecteretur exponere non est hujus loci (Cf. Matthaeus S. 765. Wächter Lehrbuch S. 129 et qui hic citantur Welckerus et de Loehrius; Rosshirt Entwickelung § 26). Ut in libris rhetoricis distinguitur inter impulsionem et ratiocinationem, sic Marcianus propositum sejungit ab impetu. Proposito delinquunt latrones, qui factionem habent. Impetu autem (qui quidem ab iurisconsultis Romanis non accuratius definitur, nec speciebus suis et caussis plene describitur), cum per ebrietatem [1]) ad manus vel ad ferrum venitur.

1) Temulentus, qui poenae non subiicitur, si principi male dixerit (c. un. C.

Quae diversitas in modo delinquendi ad animadversionem quoque multam vim habuit. Ciceronis tempore culpa in iis criminibus in quibus leges *dolum statuerent*, ex his ipsis legibus puniri non poterat: impetus autem, utpote qui dolum non excluderet, nihil excusationis habebat quo minus poena ordinaria infligeretur. At serioribus temporibus et ob culpam, quae e. g. in criminibus contra legem Corneliam extra ordinem coercebatur, et ob impetum levior et mitior poena plerumque locum habuit (cf. Matthaeus S. 793 et quae ab eo afferuntur loca; Rosshirt Entwickelung 1, 9). Caussa haec est, quod donec quaestiones perpetuae ad crimina vindicanda constituta erant, iudicum omnis potestas eo rediret, ut pro ordine iudiciorum publicorum reum vel absolverent, vel in poenam legibus statutam condemnarent *): eam ipsam autem mitigare nequaquam possent (cf. Besserer de mitigatione poenarum iuris criminalis Romanorum inter reipublicae tempora Heidelberg 1827; et Rosshirt Entwickelung S. 71). Quare in libris rhetoricis caussae quibus supplicia leniantur, et de eorum severitate quidquam detrahatur, nullo verbo notantur: at ab Quintiliano, cujus tempore alia facies iudiciorum erat, commemorantur (VII, 4, 15. 16).

si quis imperat.) ex sententia Godofredi (in comment. ad C. Th. T. III, p. 53) non est idem atque ebrius.

*) Augustus tertiam tabellam iudicibus dedit, qua ignosceretur iis quos fraude ad signandum testamentum vel errore inductos constitisset. Suet. c. 33.

Ordo antiquus iudiciorum publicorum sub imperatoribus ex usu recessit, et in ejus locum cognitiones extraordinariae successerunt (fr. 8 de iud. publ., fr. 15 § 1 ad Sct. Turpil.) ita ut animadvertendi in reos alia ratio esset, et magistratus modum poenae pro delinquendi diversitate statuere possent. Fr. 13 de poenis (Ulpianus de appellationibus): »Hodie licet ei qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem, vel leviorem, ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat.«

Postquam haec scripseram, allatus mihi est liber viri ingeniosissimi C. Th. Welckeri: die Universal- und die juristisch-politische Encyclopädie und Methodologie, qui (p. 623 sq.) de aequitate, cujus notionem et fines non satis certos fuisse pagina decima significavi, subtilissime et doctissime disputat, eamque diverso sensu et potestate usurpari contendit. Dubito autem, num Cicero et iurisconsulti Romani de hac diversitate cogitaverint, eamque in promtu habuerint, licet fortasse obscure eorum animo obversata fuerit. Nusquam enim dicunt vel significant notionem aequitatis modo hanc, modo aliam esse.

Sed iam devenio ad id, cujus caussa haec scripta sunt.

In locum viri ingenio aeque ac doctrina clari *Bartels*, qui cum nostra academia Berolinensem commutavit, e Herbipolensi-

bus huc vocatus est vir celeberrimus *Heusinger*, Pathologiae et Therapiae P. P. O., instituti clinici medici director. Abitu collegae dilectissimi pariter atque aestimatissimi, viri clarissimi et experientissimi *D. G. H. Buschii* ad Berolinenses academia nostra novam iacturam fecit, ad quam resarciendam auctoritate et clementia augustissimi et potentissimi principis electoris jam noster est factus, ut xenodochium obstetricium regat, vir experientissimus et generosissimus *de Siebold*, qui hucusque apud Berolinenses medicinam privatim docuit.

Iam diu valetudine adversa confectus diem supremum obiit *Vimèz*, artis saltandi magister peritissimus.

Numerus civium academicorum hoc anno paulum adauctus est.

Quod reliquum est solemni inaugurationi novi Prorectoris, ut interesse velint magnificus et perillustris Procancellarius, Professores et Doctores summe venerandi, consultissimi, experientissimi, excellentissimi, Cives Academiae generosissimi et praenobilissimi, nec minus Academiae bonarumque artium fautores et cultores omnium ordinum honoratissimi, observantissime atque humanissime oro rogoque.